

# NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ELETRÔNICO

MARCOS RELVAS

ADVOGADO TRIBUTARISTA NA CIDADE DE CUIABÁ-MT, SÓCIO DA EMPRESA MDM BRASIL- GESTÃO EMPRESARIAL LTDA., GRADUADO EM DIREITO PELA PUC CAMPINAS-SP (1984), MESTRANDO PELA UNIC/LINESP, PROFESSOR SUBSTITUTO DE DIREITO DA UFMT (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO) E PROFESSOR DIREITO DA FACULDADE AFIRMATIVO DE CUIABÁ-MT

## O CONTRATO ELETRÔNICO

Em sua essência o contrato eletrônico não se descaracteriza em qualquer aspecto que componha a idéia de contrato como principal fonte do direito das obrigações.

Consideramos que as preocupações que envolvem sua natureza estão em se determinar com precisão seus elementos formativos, em face do novo ambiente em que ele se dá.

Este ambiente conhecido como rede mundial de computadores, ou *Internet*, é caracterizado por sua virtualidade, ou seja, pela emulação daquilo que concebemos como real, e ainda se caracteriza por ser uma união de meio de comunicação e local, ainda que virtual, onde podem ocorrer atos ou negócios jurídicos.

Essas novidades, que se multiplicam e se modificam de forma extremamente acelerada, têm trazido dúvidas, ansiedades e incertezas para o mundo jurídico.

O direito assim como o próprio homem, ao longo de sua história sempre foi muito lento para empreender modificações significativas, e portan-

to, ambos, homem e direito, como sua expressão, estão aturdidos em uma época onde a única coisa certa que se pode contar é com a mudança, a transformação, o desapego com o passado.

Desta forma, entre as muitas questões que teremos de enfrentar no campo do direito, diante das novas relações sociais, culturais, políticas, científicas e econômicas que são constantemente criadas e impulsionadas pela tecnologia, encontra-se o comércio eletrônico que é realizado através de relações obrigacionais via contratos "*como projeção natural da vontade e do consenso*"<sup>1</sup>.

Reconhece Caio Mário que o mundo moderno é o mundo do contrato; "*Sem ele, a vida individual regressaria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários*"<sup>2</sup>.

- 1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, ano 88, v.765, jul. 1999. p.12.
- 2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v.3. p.9.

A idéia de contrato, que permeia todas as ramificações do Direito e abrange todas as figuras jurídicas que nascem do concurso de vontades, seja qual for a sua modalidade ou a sua eficácia<sup>3</sup>, não poderia deixar de estar presente neste novo ambiente que surge, fazendo valer sua função econômica como sua causa de existir<sup>4</sup>.

Considerando, portanto, que o contrato eletrônico é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que vincula as partes numa relação obrigacional, fruto de declarações convergentes de vontades, sem qualquer forma específica para sua constituição, passaremos a estudar cada um de seus elementos, promovendo um encontro entre a teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos.

#### TEORIA GERAL DOS CONTRATOS APLICADA AO CONTRATO ELETRÔNICO

Nas relações jurídicas privadas, o Direito das Obrigações e, por consequência, o contrato como sua principal fonte, pode ser considerado a parte mais universal do Direito; a despeito de algumas discrepâncias, a idéia principal, sua essência, mantém muita convergência no Direito moderno, fruto de sua longa história e raiz fundada principalmente no Direito romano.

Este é um aspecto bastante importante para o contrato eletrônico, uma vez que, apesar de ser intensa sua aplicação internamente nos países, é da sua essência o

descompromisso com fronteiras.

Desta feita, há em primeiro lugar uma preocupação com a análise de seus princípios e em segundo o problema da legitimidade da jurisdição quando estivermos diante de contratos extrafronteiras.

Há de se distinguir, também, as duas formas de contratos que tangenciam a vida digital<sup>5</sup>:

- a) *por meio de contratos cujos termos são veiculados por mídias não eletrônicas, mas com objeto contratual voltado ao ambiente digital;*
- b) *por meio de contratos cuja celebração se dá eletronicamente.*

E, ainda, contratos que são celebrados no ambiente virtual com objeto real ou contratos virtuais com objetos virtuais (elaboração de *Websites*, *downloads*, acessos a serviços de *Internet*, etc.)

#### PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME CONTRATUAL

##### AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia de vontade, em sua tríplice forma, é marcado por peculiaridades no contrato eletrônico, a saber: a) faculdade de contratar e não contratar, isto é, pelo "*arbitrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual*"<sup>6</sup>, nos parece idêntico

3 GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p.8.

4 *Idem*, p.19.

5 WIELEWICKI, Luís. Contratos e internet: contornos de uma breve análise, In: WISBERG, Ivo; SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da (org.): *Comércio eletrônico*. São Paulo : IASP/RT, 2001. p.196.

6 PEREIRA, *op. cit.*, p.15.

co ao tradicional; b) a liberdade de escolha da pessoa com quem contratar é um dos pontos cruciais no contrato eletrônico, já que, com exceção dos contratos chamados *B to B* (*Business to Business*), ou seja, contratos comerciais que têm se consolidado por regras mais definidas, como veremos adiante, e instituições conhecidas, os restantes são marcados pelo desconhecimento da pessoa com quem se está contratando. Surgem questões do tipo: como identificar o contratante (mesmo que o pagamento seja feito por cartão de crédito, é possível a utilização de outro nome como parte do contrato); como saber quem é realmente o contratado, se tem estrutura para realizar o que se propõe ou é apenas um aventureiro. Situações insólitas têm acontecido no mundo dos negócios de tecnologia, onde garotos em seus computadores pessoais criam empresas que passam a valer milhões de dólares; c) liberdade de fixar o conteúdo do contrato, redigindo cláusulas “*ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes*”<sup>7</sup>, também, com as citadas exceções, são caracterizados por contratos de adesão.

Apesar dos avanços jurídicos quanto ao reconhecimento da mensagem eletrônica, a prova de contrato ainda é questionável, e na maioria das vezes sem qualquer forma escrita, à semelhança do que conhecemos como contratos verbais.

A autonomia da vontade, princípio concebido no seio do liberalismo

do século XIX baseado na idéia da igualdade formal, cedeu espaço para alguns avanços no campo contratual à medida que seu conteúdo não poderia atentar contra a ordem pública além dos bons costumes, que sempre foram barreiras éticas impostas para a validade do contrato.

O chamado dirigismo contratual por parte do Estado vem mudando vários conceitos do direito obrigacional e, por consequência, contratual.

Contudo, o contrato eletrônico, atenta contra essa tendência do direito obrigacional à medida que, pelo seu caráter extrafronteira, muitas vezes, os bons costumes podem ser relativos e a ordem pública, normalmente respeitada à força pelo dirigismo contratual, perde espaço por falta de legitimidade, jurisdição e até determinação do que seja ordem pública num ambiente virtual com um grande caldeamento jurídico, social, econômico e cultural.

Neste contexto, é interessante notar que se as cláusulas abusivas ou o próprio objeto do contrato for viciado, sem que possam ser alcançados peremptoriamente por qualquer legislação interna, é também verdade a contrapartida, que acaba por gerar uma nova forma de equilíbrio, uma vez que a exigibilidade de seu cumprimento também não pode ser garantida por qualquer lei.

Assim, o princípio da autonomia da vontade está presente no contrato eletrônico, porém, no que tange a meios de prova e sua característica extrafronteira exigem-se reflexões no sentido não apenas de proteger o hipossuficiente, buscando um dirigismo

7 PEREIRA, *op. cit.*, p.15.

contratual de cunho internacional, mas também a criação de um ambiente mais seguro para se contratar, a fim de se potencializar a função econômica que o contrato eletrônico também possui.

Se o dirigismo contratual representou uma evolução na história do contrato, um novo avanço haverá de ser dado quanto ao contrato eletrônico, tão multifacetado; e, se o Estado Liberal evoluiu para o Estado Social, também haverá de dar outro salto no sentido do Estado Global ou pelo menos subordinar-se a um Direito Global.

#### CONSENSUALISMO

Princípio que representou grande avanço na formação dos contratos, superando as formas rituais que vigoravam no direito contratual de Roma<sup>8</sup>.

No comércio eletrônico, está evidenciado esse princípio para a constituição do contrato eletrônico e seu efeito deve ser sempre obrigacional, já que no espaço virtual o efeito real dos contratos, como querem os franceses<sup>9</sup>, ficaria comprometido em face da fragilidade de meios de prova de sua realização, inserindo o adquirente, conforme o bem objeto deste contrato de efeito real, num contexto de dificuldades de exercer seu direito real sobre este bem, ou seja, seu direito *erga omnis*.

Considerando o efeito obrigacional do contrato eletrônico, outro fator crítico no que concerne a esse princípio é a falta de garantias por parte do contratante, haja vista que em sua grande maioria os pagamentos são reali-

zados antecipadamente, apenas confiando que a outra parte irá cumprir sua prestação na relação obrigacional, sem qualquer meio de prova para exigir e sem qualquer garantia dada para assegurar os eventuais prejuízos, relativizando, também, o princípio da irretratabilidade e da intangibilidade.

#### PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA

O princípio da força obrigatória está absolutamente presente nos contratos eletrônicos, e o convencionalizado faz lei entre as partes.

Como em todos os outros princípios analisados e que se entrelaçam feito um tecido para que o instituto possa exercer seu papel socioeconômico, esse princípio sofre do problema da sanção; qual a legislação ou jurisdição que poderá garantir esse princípio, principalmente em se tratando de contratos extrafronteiras.

O princípio da força obrigatória, vem ao longo da história sofrendo ataques em sua base por força da equidade e da boa fé, refletido pela teoria da imprevisão revigorada hoje com suas bases na velha cláusula medieval *rebus sic stantibus*, e no direito moderno as preocupações pela proteção do consumidor, como figura jurídica recente no direito, além do entendimento de que a intenção está acima do que está escrito.

No pensamento de De Page, citado por Theodoro Júnior<sup>10</sup>:

*O princípio da força obrigatória do contrato sempre foi admitido, e sempre resistiu aos assaltos*

8 GOMES, *op. cit.*, p.35.

9 *Idem*, p.225.

10 THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p.16.

*da equidade e do sentimentalismo, porque corresponde a uma necessidade absoluta. Se o coração tem razões que a razão não compreende, a segurança dos negócios tem, ela também, suas razões que a equidade não compreende...*

Contudo, é preciso lembrar que as modernas relações obrigacionais, cuja fonte seja o contrato, vêm sofrendo mudanças significativas, e à questão que se coloca acerca da segurança como uma *necessidade absoluta* nesta seara, caberia a pergunta: segurança de quem? Parece-nos que seja dos comerciantes dos detentores do capital. Quando os contratos se dão entre partes cuja igualdade econômica seja material, essa necessidade é indispensável, contudo, quando essa igualdade não existe, somente a segurança de uma das partes estaria sendo garantida, se esse princípio da força obrigatória fosse absoluto.

Mesmo que desconsiderássemos o aspecto ético da questão, analisemos o seguinte: o mundo moderno vive um processo de necessidade de crescimento das economias permanente, fazendo com que haja um interesse cada vez mais intenso dos detentores do capital em que o consumo de seus produtos seja exacerbado.

Impulsionada pela tecnologia a produtividade e por conseqüência, a produção fizeram com que a oferta fosse maior que a demanda e tudo isso transformou as relações comerciais, colocando em evidência o consumidor, hoje alçado nas modernas teorias de administração de empresas como o rei, a parte mais importante de qualquer negócio.

Sendo assim, entendemos que a segurança dos contratos continua sendo necessidade absoluta, mas para ambos os lados da relação contratual e para que essa intensa forma de se contratar no mundo, estimulada pela tecnologia, chamada relação de consumo só pode ser atendida pelo princípio da equidade, relativizando sim o princípio da força obrigatória.

Percebendo essa transformação, entendemos que diante desse quadro as elites que comandam a economia e o direito no mundo têm deslocado a questão da segurança mais para o consumidor, que se sentindo mais seguro intensifica suas relações contratuais, movimentando a economia e atendendo aos interesses do capital.

Portanto, entendemos, que mais que uma conquista, a relativização do princípio da força obrigatória pelo princípio da equidade e da boa fé, oferecendo segurança também para o hipossuficiente da relação contratual, é mais um interesse econômico e uma motivação para o consumo.

E no tocante ao comércio eletrônico, esse é um aspecto fundamental e entendemos que o consumo através do mundo virtual só não experimenta uma explosão justamente por insegurança do consumidor, já que neste ambiente, hoje, toda a segurança está com o fornecedor, e, isso, certamente deixou de ser seu interesse.

#### **PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO CONTRATO**

Conforme Orlando Gomes<sup>11</sup>, o contrato válido requer a conjunção de ele-

11 GOMES, *op. cit.*, p.45.

mentos extrínsecos e intrínsecos.

Os extrínsecos são: a) capacidade das partes; b) idoneidade do objeto; c) legitimação para realizá-lo.

Os intrínsecos são: a) o consentimento; b) a causa; c) o objeto; d) a forma

Novamente estamos diante de questões inquietantes quando confrontadas com o contrato eletrônico, se não vejamos.

#### REQUISITOS INTRÍNSECOS

A capacidade das partes é um dos centros de preocupações do comércio eletrônico, já que no ambiente virtual, onde a realidade é emulada, um dos aspectos mais triviais da teoria das obrigações passa a ser um problema: a identificação das partes contratantes.

Logo, se não se pode ter certeza quem são as partes que estão contratando, evidentemente que a capacidade jurídica delas torna-se insondável.

Quanto à idoneidade do objeto, conforme já foi abordado anteriormente, há uma relativização neste aspecto quando o contrato é firmado extrafronteira, em face das diferentes culturas e sistemas jurídicos que podem ou não incluir determinados objetos como ilícitos.

Sem a certeza quanto a identidade da partes, de sua capacidade e da própria idoneidade do objeto, a questão da legitimidade, para ser parte, torna-se ainda mais distante como pressuposto para a realização do contrato, pela dificuldade de se avaliar qual a relação circunstancial que a parte poderia ter com aquele objeto.

Para incrementar o grau de incerteza sob estes aspectos, surge nova-

mente o problema da jurisdição para resolver essas questões.

#### REQUISITOS EXTRÍNSECOS

O consentimento deve estar presente no contrato eletrônico como requisito de sua formação e ainda que tenham modos próprios para caracterizar a declaração receptícia (*e-mail*, contrato por um clique, assinatura eletrônica, etc.), não há como desvincular sua formação desse pressuposto.

Como esses modos são muito novos, não há ainda uma opinião doutrinária, muito menos legal ou jurisprudencial, acerca da validade dos contratos ou abusos em face desses expedientes de declaração de vontade, e que se são eficazes no sentido de representar a boa fé dos contratantes e a efetiva manifestação de sua vontade livre e consciente.

Quanto à forma, enquanto pressuposto, não há qualquer divergência ou problema quanto ao contrato eletrônico, exceto pela questão de prova, uma vez que mesmo escritos, sua validade ainda é dúvida ou instituto recente na maioria dos países.

Quanto à causa e objeto do contrato, por certo estão presentes no contrato eletrônico, já que a causa como unidade teleológica da prestação ou efeitos essenciais do contrato é pressuposto para sua formação e o objeto, como o:

*Conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes...*<sup>12</sup>

12 GOMES, *op. cit.*, p.54-56.

É indissociável para a formação do contrato, sendo que devem ser possíveis, determináveis e, ainda que de forma relativa nos contratos extrafronteiras, devem ser lícitos.

#### TEORIAS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO

A formação do contrato passa por figuras, momentos e pela questão do local como fatores determinantes.

Segundo Orlando Gomes, os compromissos preparatórios<sup>13</sup> à formação do contrato se dividem em: a) opção; b) contrato preliminar; c) acordo provisório e preparatório.

O contrato eletrônico, mais usual, que caracteriza a relação de consumo na internet se utiliza da figura da opção, que é o contrato que se confere direito potestativo ao aceitante, para criar por iniciativa própria uma relação obrigacional já predefinida. Normalmente se dá pelo contrato por um clique (*click-through agreement*), que caracteriza entre nós o contrato de adesão.

Já o contrato preliminar e o acordo provisório e preparatório são figuras que podem ser utilizadas via *Internet* no seu *íter* formativo, mas sua conclusão se dará ou pela via tradicional ou na forma de contrato eletrônico com todas dúvidas hoje atinentes sobre o problema da prova contratual.

#### MOMENTO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

A proposta no contrato eletrônico em nada difere da concepção tradicional e deve ser, por declaração receptícia de vontade, irrevogável e ter força vinculante.

Neste assunto a questão reside se, no ambiente virtual, esta proposta puder ser considerada como a) entre presentes, considerando a *Internet* como um local e que portanto as partes estariam presentes neste local para celebrarem contratos; b) entre presentes, porque se dá por um meio de comunicação que, como os contratos por telefone, são assim tratados, ainda que por ficção jurídica; c) ou entre ausentes, já que a recepção da proposta pelo eventual aceitante se dá em momento diferente de sua proposição e não há condições materiais para resposta imediata.

O entendimento sobre a aceitação da proposta é fundamental, já que determina o momento da formação do contrato para que possa gerar efeitos jurídicos, e as preocupações quanto a aceitação residem também na declaração receptícia da vontade.

Pela teoria da recepção o momento da formação do contrato se dará somente quando o proponente tiver ciência da aceitação; somente a partir daí os efeitos jurídicos poderão ser exigidos.

A teoria da declaração determina o momento da formação aquele em que o oblato declara sua aceitação.

Na teoria da expedição, consagrada pela legislação brasileira, art. 127 do Código Comercial e 1.086 do Código Civil, em que nas propostas entre ausentes, o momento da formação do contrato se dá quando o oblato expede sua aceitação.

Como conciliar tudo isso num ambiente virtual?

No comércio eletrônico as propostas podem ser feitas pelo correio ele-

13 GOMES, *op. cit.*, p.58.

trônico a guisa do correio tradicional, e estaríamos diante de proposta entre ausentes, restando apenas o problema do conflito de leis quando se tratar de contratos extrafronteira e haja a divergência entre o efeito obrigacional ou real dos contratos; no restante se aplicam de forma semelhante ao contrato tradicional

Nos casos de contratos de opção a aceitação, condicionada ao envio eletrônico como forma de expedição da aceitação do oblato, estaria caracterizando o momento da formação do contrato, o que também caracterizaria o contrato entre ausentes, enfrentando os mesmos problemas citados anteriormente.

Já quando a *Internet*, por qualquer de suas opções, é utilizada como meio de comunicação e os contratos são celebrados com a interação entre as partes em tempo real, a guisa do telefone, estaremos diante de contratos entre presentes.

#### LUGAR DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

Assunto pacificado no campo da teoria dos contratos, incluindo o contrato internacional, que determina como local da formação do contrato aquele onde as partes se encontram no momento de sua formação, quando entre presentes, ou de onde emanou a proposta, quando entre ausentes.

Essa questão é importante para determinação do foro e da lei aplicável àquele contrato nos casos do Direito Internacional

Essa teoria prevaleceu no direito interno por força dos interesses do capital que teriam dificuldade em responder demandas em luga-

res distantes de sua sede.

No Direito Internacional, sempre habituado com contratos de grande porte, essa questão via de regra é tratada em cláusula específica com a eleição do foro, local da conclusão do contrato ou ainda local da sede do proponente, conforme art. 9<sup>a</sup> § 2<sup>a</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil brasileira.

Contudo, o comércio eletrônico tem criado um mercado global, onde os contratos extrafronteiras são realizados com grande facilidade, com objetos simples e muitas vezes virtuais e com valores pequenos, extrapolando os contratos internacionais de comércio, criando uma relação internacional de consumo.

Neste campo, a questão do local de formação do contrato passa a ter outros contornos e a velha e sedimentada teoria de que o contrato se forma no local onde é concluído ou na sede de seu proponente, deve passar por novas reflexões.

Se considerarmos a *Internet* como um local, ainda que virtual, mas um local onde se pode realizar negócios jurídicos, estaríamos diante de um impasse jurídico, uma vez que esse local não possui foro nem leis próprias para serem aplicadas a esse contrato.

Se consideramos a *Internet* como um meio de realização de contratos, como identificar o local de realização deste, já que o consumidor poderá estar em sua casa, escritório ou até em trânsito e quanto ao proponente considerar-se-á como local a sede da empresa, o provedor de serviços de *Internet* onde está hospedada sua página (*home page*) de *Internet*, em suas

filiais. Onde, portanto, estaria esse contrato sendo concluído?

Poder-se-ia aplicar a legislação vigente, estabelecendo como local a residência ou sede do proponente, contudo atingido frontalmente o princípio da hipossuficiência do consumidor, pois como poderia ele ser protegido juridicamente quando realiza negócio jurídico com uma empresa sediada em outro país, cujas ofertas estão absolutamente acessíveis ao consumidor, que realiza o pagamento através de cartão de crédito e não recebe a mercadoria ou a recebe com defeito, ou com acréscimos de frete ou tributos, ou com diferenças do que foi anunciado, etc.

Seria razoável, para estes casos, falarmos em uma ação no país da sede do fornecedor, sob sua legislação e língua?

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o contrato eletrônico em nada se distancia do contrato tradicional no que tange aos seus princípios. Quase todos estão presentes em sua essência, contudo é no tocante à garantia de sua preservação, na sanção pela sua agressão que reside o problema do comércio eletrônico. É nosso mister, portan-

to, após identificadas essas questões promovermos uma reflexão sobre as adaptações teóricas necessárias a essa nova forma de contratar a fim de que se atinja o principal valor da idéia de contrato que é a segurança para todas as partes envolvidas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Contratos – princípios gerais – tendências do direito contratual contemporâneo – abrandamento dos princípios tradicionais – intervenção estatal crescente – impacto do código de defesa do consumidor*. *Revista do Tribunais*, ano 88, v.765, jul. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v.3.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 23.ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

WIELEWICKI, Luís. *Contratos e internet: contornos de uma breve análise*, In: WISBERG, Ivo; SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da (org.): *Comércio eletrônico*. São Paulo : IASP/RT, 2001.